

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI

**LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES ECONÓMICOS
EN EL ESTADO SOCIAL**

Marcial Pons

Fundación Manuel Giménez Abad

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

ÍNDICE

	Pág.
CAPÍTULO I. ESTADO SOCIAL, PRINCIPIOS RECTORES Y DERECHOS FUNDAMENTALES.....	15
1. INTRODUCCIÓN	15
2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PRINCIPIOS RECTORES	19
3. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	29
3.1. La necesidad de distinguir entre la operación consistente en la delimitación de un derecho fundamental y la operación consistente en su restricción	30
3.2. Las condiciones constitucionales a las restricciones de derechos fundamentales	43
3.2.1. La reserva de ley.....	43
3.2.2. El respeto al contenido esencial del derecho fundamental	44

	Pág.
CAPÍTULO II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ECONÓMICOS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. LA CARACTERIZACIÓN DEL ESTADO COMO UN ESTADO SOCIAL CONLLEVA LA DEFERENCIA JUDICIAL	53
1. INTRODUCCIÓN	53
2. EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ECONÓMICOS.....	54
2.1. El contenido constitucional del derecho de propiedad reconocido en el art. 33 CE.....	54
2.2. El contenido constitucional del derecho a la libertad de empresa reconocido en el art. 38 CE...	59
3. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ECONÓMICOS	65
3.1. La determinación del contenido esencial del derecho de propiedad.....	65
3.2. La determinación del contenido esencial de la libertad de empresa	68
4. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO LÍMITE A LAS RESTRICCIONES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA HASTA 2014.....	75
5. LA EXPLÍCITA RENUNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LA APLICACIÓN DE UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE PROPORCIONALIDAD SOBRE LAS REGULACIONES PÚBLICAS QUE RESTRINGEN EL LIBRE EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA (ART. 38 CE).....	78
5.1. El origen del explícito cambio doctrinal: la STC 53/2014	79
5.2. La confirmación de la deferencia judicial en la jurisprudencia posterior a 2014.....	83
6. LA EXPLÍCITA RENUNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LA APLICACIÓN DE UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE PROPORCIONALIDAD SOBRE LAS REGULACIONES PÚBLICAS QUE RESTRINGEN EL DERECHO DE PROPIEDAD (ART. 33 CE)	94

	Pág.
7. LOS SUPUESTOS EN LOS QUE SE MANTIENE UN ESCRUTINIO ESTRICTO.....	97
7.1. Un primer supuesto: la aplicación de un escru- tinio más incisivo en el caso de las regulaciones que pueden afectar al acceso al mercado o al co- mienzo en el ejercicio de la actividad.....	98
7.2. Un segundo supuesto: la aplicación <i>ex art.</i> 139.2 CE de un escrutinio más incisivo en el caso de las regulaciones que supongan un obstáculo a la libre circulación de personas y bienes entre co- munidades autónomas	102
CAPÍTULO III. LOS DERECHOS ECONÓMICOS EN LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA DE 1787. EL RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO POLÍTICO CONLLEVA LA DE- FERENCIA JUDICIAL	
1. INTRODUCCIÓN	113
2. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES COMO LÍMITE A LA ACTIVIDAD DE LOS PODERES PÚ- BLICOS	114
3. LA CLÁUSULA DEL PROCESO DEBIDO Y LOS DE- RECHOS ECONÓMICOS	117
3.1. La interpretación sustantiva de la cláusula del proceso debido.....	117
3.1.1. Pronunciamientos tempranos de la juris- dicción federal.....	118
3.1.2. La interpretación sustantiva en la juris- prudencia de los tribunales estatales.....	120
3.1.3. «Las Enmiendas de la Reconstrucción»: un impulso a la interpretación sustantiva.	121
3.2. Interpretación sustantiva de la cláusula del pro- ceso debido y deferencia judicial.....	126
3.3. El cambio de siglo, el activismo judicial a partir de <i>Lochner v. New York</i>	130
3.3.1. El caso <i>Lochner v. New York</i> (1905)	134
3.3.2. La jurisprudencia posterior a <i>Lochner</i>	140

	Pág.
3.4. La revolución de 1937, la renuncia al activismo y el comienzo de la deferencia hacia el legislador...	151
4. CRÍTICAS A LA DEFERENCIA JUDICIAL EN EL ÁMBITO DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS. LA TEORÍA DE LA ELECCIÓN PÚBLICA	165
5. LA NEUTRALIDAD ECONÓMICA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL PLURALISMO POLÍTICO.....	169
6. UN SUPUESTO DE APLICACIÓN INCISIVA DEL CONTROL JUDICIAL EN EL CASO DE LAS REGULACIONES ESTATALES QUE OBSTACULIZAN EL COMERCIO INTERESTATAL: LA CLÁUSULA DE COMERCIO.....	171
6.1. El presupuesto para la aplicación de la cláusula de comercio durmiente: la restricción del comercio interestatal y no del comercio en general.....	172
6.2. El escrutinio a aplicar a las regulaciones obstaculizadoras del comercio interestatal: ¿un control de proporcionalidad?.....	176
 CAPÍTULO IV. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ECONÓMICOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA. LOS RIESGOS DE LOCHNERIZACIÓN DEL MODELO	 183
1. INTRODUCCIÓN	183
2. LOS LÍMITES A LAS RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ECONÓMICOS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA CARTA	184
2.1. ¿Un ordenamiento jurídico sin derechos fundamentales?: la construcción pretoriana de su protección mediante su reconocimiento como principios generales del Derecho comunitario	184
2.2. La aplicación del principio de proporcionalidad para determinar la conformidad de la actuación de los poderes públicos con los derechos fundamentales antes de la entrada en vigor de la Carta.....	187

	Pág.
3. LOS LÍMITES A LAS RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA CARTA: ¿UN RIESGO DE <i>LOCHNERIZACIÓN</i> ?.....	198
3.1. Una primera línea jurisprudencial deferente con el legislador: un laxo escrutinio de las regulaciones restrictivas de los derechos económicos mediante una mera comprobación de que no son manifiestamente inadecuadas o arbitrarias	201
3.2. Una segunda línea jurisprudencial con evidentes riesgos de incurrir en la <i>lochmerización</i> del modelo: el escrutinio de las regulaciones restrictivas de los derechos económicos mediante la aplicación de un estricto control de las sucesivas comprobaciones que conforman el principio de proporcionalidad	212
4. LA VACILANTE INTERPRETACIÓN DEL PROPÓSITO DE LAS LIBERTADES BÁSICAS DEL MERCADO INTERIOR: UN SEGUNDO RIESGO DE <i>LOCHNERIZACIÓN</i>	219
4.1. La interpretación de las libertades básicas del mercado interior como garantías frente al proteccionismo	220
4.2. La interpretación de las libertades básicas del mercado interior como garantías del libre mercado.....	230
BIBLIOGRAFÍA	239

CAPÍTULO I

ESTADO SOCIAL, PRINCIPIOS RECTORES Y DERECHOS FUNDAMENTALES

1. INTRODUCCIÓN

El apartado 1 del art. 1 de la Constitución de 1978 dispone que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

Los rasgos que caracterizarían a ese Estado social al que se refiere el primer artículo de la norma fundamental se encontrarían recogidos, en buena medida, en el resto del articulado de la propia Constitución, destacando aquellos preceptos constitucionales que se refieren a los denominados derechos sociales, muchos de los cuales se encuentran recogidos en el Capítulo III del Título I como principios rectores de la política social y económica.

Sin embargo, la caracterización de nuestro Estado como un Estado social, y el consiguiente reconocimiento de determinados rasgos del mismo en la propia norma fundamental, no supone necesariamente el reconocimiento de derechos subjetivos a los ciudadanos directamente

exigibles ante los tribunales ordinarios y no supone, por tanto, el establecimiento de aquel Estado social mediante la simple aplicación directa de la Constitución por parte de estos, sino que el desarrollo de aquel debe ser promovido y realizado por el legislador. Así, tal y como ha recordado el Tribunal Constitucional Federal alemán, el principio del Estado social, recogido asimismo en la Constitución germana, para ser efectivo, requiere necesariamente de concreción política y jurídica (BVerfG, 2 BvE 2/08, de 30 de junio de 2009).

La remisión al legislador para que sea él quien desarrolle y promueva muchos de los valores y principios que conforman el referido Estado social no significa que en su labor normativa este no se encuentre sometido a escrutinio, pues indudablemente el legislador se encuentra vinculado por aquellos. Pero una cosa es considerar que los principios y valores que caracterizan el Estado social puedan ser vinculantes para el legislador y otra considerar que aquellos valores y principios, que no se reconozcan como derechos fundamentales, sean directamente aplicables sin intermediación legislativa alguna, derivando de tales principios y valores derechos subjetivos de los ciudadanos. Así, cabe rechazar aquellas construcciones doctrinales que agrupadas bajo la etiqueta de neoconstitucionalistas propugnan la aplicabilidad directa de aquellos preceptos constitucionales que simplemente reconocen determinados principios que caracterizan al Estado social.

Siguiendo a Prieto, los neoconstitucionalistas parten de dos ideas plenamente asumibles: la fuerza normativa de la Constitución y la incorporación a las Constituciones modernas de normas sustantivas que pretenden trazar límites negativos y vínculos positivos a lo que los poderes constituidos estén en condiciones de decidir legítimamente¹.

Así, cabe compartir que para que una ley sea válida, además de tener que respetar las formas y procedimientos de producción democrática de las leyes, debe guardar la

¹ L. PRIETO SANCHÍS (2010).

necesaria coherencia con los valores que se recogen en las cartas constitucionales.

Ello supone que la vinculatoriedad de los principios y valores puede llegar a constituirse, en el caso de que los mismos sean lo suficientemente precisos, en la *ratio* para declarar la inconstitucionalidad de aquellas leyes que los desconozcan. El Tribunal Constitucional al controlar al legislador podría llegar a exigirle que tenga en cuenta esos valores declarando la inconstitucionalidad y nulidad de aquellas normas que palmariamente no lo hayan hecho.

Ahora bien, se da un salto lógico cuando se asume, por determinados autores, la aplicación directa de tales valores por parte de los jueces ordinarios, lo que significa que la *interpositio legislatoris* dejaría de ser una mediación necesaria para el reconocimiento de los derechos subjetivos de los ciudadanos.

Así, bajo las concepciones neoconstitucionalistas aquellas cláusulas que recogen valores y principios propios del Estado social, y que no son derechos fundamentales, no se presentarían solo como condiciones de validez de las leyes, sino como normas con vocación de regular cualquier aspecto de la vida social. De este modo, todo contenido constitucional asumiría la función de las normas ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios podrían y deberían utilizar para resolver las controversias que se les planteasen; incluso aunque ello supusiese restringir aquellas normas que, a diferencia de los principios, sí que gozan de la característica de ser directamente aplicables —los derechos fundamentales reconocidos en la norma fundamental— y sin la existencia de una ley de restricción que así lo disponga o incluso aunque ello supusiese inaplicar una ley existente cuando contradiga un determinado valor material constitucionalmente reconocido.

Recuerda Prieto, sin embargo, cómo en nuestro sistema de control concentrado cuando la ley aplicable al caso se considera inconstitucional por el juez encargado de resolverlo, el sistema ofrece dos técnicas: la interpretación

conforme y la cuestión de inconstitucionalidad². Sin embargo, desde determinadas concepciones neoconstitucionalistas se ha abierto paso la idea de la posibilidad de proceder a la inaplicación de la ley aplicando directamente el precepto constitucional que establece un determinado valor que a resultas de la ponderación resultaría prevalente, aun a costa de restringir con ello un derecho fundamental o de inaplicar aquella ley que se opone al referido valor o principio.

Para los neoconstitucionalistas la garantía judicial de todos los valores recogidos en la Constitución a través de su ponderación no sería más que una consecuencia de tomarse en serio la fuerza normativa suprema de la Constitución: si esta es una norma, su exigibilidad puede hacerse valer ante los órganos específicamente encargados de esa tarea, es decir, ante los jueces.

Sin embargo, se debe destacar la necesidad de no confundir la vinculatoriedad de aquellos valores y principios que caracterizan nuestro Estado como un Estado social con la aplicabilidad inmediata y sin intermediación legislativa de muchos de esos mismos valores y principios.

La promoción de aquellos valores y principios propios del Estado social a los que la Constitución no ha querido dotarles de aplicabilidad directa es susceptible de constituirse en el presupuesto para que el legislador proceda a realizar la restricción de determinados derechos fundamentales a los que la Constitución sí ha reconocido aplicabilidad inmediata. Por tanto, debe corresponder al legislador determinar cómo y cuándo aquellos preceptos a los que la norma fundamental sí ha reconocido ser directamente aplicables pueden ser restringidos en atención a la promoción de los mandatos que se recogen en aquellos valores y principios propios del Estado social y a los que la Constitución, sin embargo, no ha reconocido aplicabilidad inmediata.

² *Ibid.*

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PRINCIPIOS RECTORES

El Estado social encuentra su más claro desarrollo normativo en el reconocimiento en la propia Constitución de un buen número de lo que se han dado en llamar derechos sociales. La mayoría de los denominados derechos sociales constitucionales, reflejo como se ha dicho de la caracterización que se realiza de nuestro Estado como un Estado social en el art. 1.1 CE, se encuentran recogidos en el Capítulo III del Título I de la norma fundamental que lleva por rúbrica «De los principios rectores de la política social y económica». Es la propia Constitución la que ha atribuido a los referidos principios un régimen jurídico específico. Un régimen jurídico que supone negarles la característica de ser verdaderos derechos subjetivos exigibles directamente ante los jueces y tribunales.

Así, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de afirmar que todos los preceptos constitucionales incluyendo «los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos, no sufriendo este principio general de aplicabilidad inmediata más excepciones que las que imponga la propia Constitución expresamente o que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable» (*sic*) (SSTC 15/1982, 254/1993 y 31/1994).

Los principios rectores de la política social y económica contenidos en el Capítulo III del Título I serían una de las excepciones constitucionales al principio de aplicabilidad inmediata y directa de todos los preceptos constitucionales a las que se refiere la jurisprudencia constitucional aludida, pues es el propio art. 53.3 CE el que ha excluido tal aplicabilidad inmediata cuando ha afirmado en relación con ellos que «solo podrán ser alegados ante la jurisdicción de acuerdo con las leyes que los desarrollen».

Por tanto, la Constitución ha diferenciado en su art. 53 entre el régimen jurídico aplicable a los derechos y libertades fundamentales contenidos, por ejemplo, en el Capítulo II del Título I y el régimen jurídico aplicable a los principios rectores de la política social y económica contenidos en el Capítulo III del Título I³.

Si de acuerdo con el apartado 1 del art. 53 CE «los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II vinculan a todos los poderes públicos» y tienen, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la característica de ser inmediatamente aplicables, el valor de la Constitución como norma jurídica de inmediata eficacia y vinculatoriedad «necesita ser modulada en lo concerniente a los arts. 39 a 52, en los términos del 53.3 CE» (SSTC 80/1982, FJ 1, y 63/1983, FJ 5). Tal modulación se concreta en que «los principios reconocidos en el Capítulo III del Título I, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables» (STC 36/1991, FJ 5).

Los principios rectores de la política social y económica no establecerían por sí mismos derechos subjetivos directamente exigibles ante los tribunales *ex constitutio- ne*, sino que serían las leyes las que, al detallar su concreto alcance, reconocerían concretos derechos subjetivos⁴. Es la propia Constitución la que ha decidido atribuir a los principios rectores del Capítulo III una eficacia mediata.

La segunda excepción al principio de aplicabilidad inmediata de los principios y los derechos recogidos en la Constitución se produce, según la jurisprudencia constitucional anteriormente citada, cuando «la naturaleza misma

³ Un completo análisis del régimen jurídico de los principios en J. JIMÉNEZ CAMPO (1999). Asimismo en J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO y L. MEDINA ALCOZ (2016). Igualmente destacable es el titánico esfuerzo de construcción doctrinal del régimen de los derechos sociales que se realiza por G. ESCOBAR ROCA (2012).

⁴ Antes de las leyes de desarrollo, el intérprete no puede reconocer en los principios ningún derecho subjetivo. Ello supone que el derecho nacerá de la ley, J. JIMÉNEZ CAMPO (1999: 124 y ss.).

del precepto constitucional impida considerarlo inmediatamente aplicable». Ello es lo que podría aparentemente ocurrir cuando nos encontramos, por ejemplo, ante determinados derechos de prestación que requieren un desarrollo legal para alcanzar plena eficacia. En este caso no se trataría de que la Constitución haya excluido expresamente su aplicabilidad inmediata, como era el caso de los principios rectores del Capítulo III, sino de que la naturaleza misma del precepto impediría que pueda ser directamente exigido ante los tribunales.

La limitación de la aplicabilidad inmediata de los derechos prestacionales ha sido resaltada por Böckenförde con relación a los derechos sociales en Alemania al considerar que estos «no pueden fundamentar directamente en sí pretensiones reclamables judicialmente» pues sería «propio de su naturaleza el que no representen derecho inmediato (para los ciudadanos) cuando están en la Constitución y antes de su conformación por parte del legislador»⁵. Para Böckenförde la indeterminación del objeto de la pretensión y la necesidad de respetar las competencias del Parlamento imponen prescindir del sujeto activo en la estructura del Derecho social. Los derechos sociales serían mandatos jurídico-objetivos dirigidos al legislador y a la administración. Se niega así que los derechos sociales por su misma naturaleza puedan ser reclamados judicialmente.

En el caso de la Constitución española muchos derechos sociales han sido recogidos en el Capítulo III del Título I, lo que supone que independientemente de si su propia naturaleza prestacional dificulta su aplicabilidad inmediata, esta ya se excluye por la propia Constitución.

Sin embargo, en relación con los derechos del Capítulo II del Título I, y en contraposición con la doctrina alemana referida, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha afirmado que aun en la hipótesis de que un derecho constitucional requiera una *interpositio legislatoris* para

⁵ E. W. BÖCKENFÖRDE (1993: 78).

su desarrollo y plena eficacia, como puede ocurrir en el caso de determinados derechos prestacionales recogidos en el Capítulo II, se debe negar que su reconocimiento por la Constitución no tenga otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales, de modo que solo sea exigible ante los tribunales ordinarios cuando el legislador lo haya desarrollado. Para el Tribunal Constitucional en estos casos estamos también ante derechos directamente aplicables *ex constitutione*, si bien reconoce que la naturaleza misma de la norma puede producir que el mandato constitucional no tenga, hasta que la regulación legislativa se produzca, más que un contenido mínimo.

Así, frente a la concepción mantenida en Alemania que propugna la limitación absoluta a la aplicabilidad inmediata de los derechos sociales, paradigma de los derechos de configuración legal, se podría sostener que en nuestro país los derechos sociales, y en general los derechos de configuración legal, siempre que no estén contenidos en el Capítulo III, sí podrían fundamentar directamente pretensiones reclamables judicialmente cuando fuese capaz el juez de deducir del precepto constitucional un contenido mínimo del Derecho.

Concepto distinto del de aplicabilidad inmediata de los derechos constitucionales es el de vinculatoriedad de los poderes públicos a los referidos principios rectores. En efecto, el hecho de que la propia Constitución haya establecido en el caso de los principios rectores una excepción al principio de aplicabilidad inmediata y directa de tales preceptos no significa, sin embargo, que tales normas carezcan de fuerza vinculante para los poderes públicos. La negación de aplicabilidad inmediata y directa a los principios rectores únicamente significa que estos no son generadores de derechos públicos subjetivos accionables ante los tribunales, pero no significa que los principios queden despoñados de su carácter vinculante para los poderes públicos.

Así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia constitucional cuando señala que el art. 53.3 dispone que los

principios recogidos en el Capítulo III «son previsiones constitucionales que obligan al legislador» (STC 71/1982, FJ 13) y «se imponen necesariamente a todos los poderes públicos». Para el Tribunal Constitucional los principios rectores «enuncian proposiciones vinculantes, en términos que se desprenden inequívocamente de los arts. 9 y 53 CE» (SSTC 19/1982, FJ 6, y 14/1992, FJ 11).

En este punto, cabe referirse a la diferencia entre el concepto de «deber» y el concepto de «obligación»; pues los principios del Capítulo III vinculan a los poderes públicos como consecuencia de establecer lo que podría considerarse un deber y no tanto como consecuencia de establecer una obligación. La razón de considerar que los principios rectores de la política social y económica imponen deberes a los poderes públicos, pero no les imponen propiamente obligaciones es, precisamente, que los principios no atribuyen derecho subjetivo alguno a los ciudadanos, no son directamente aplicables.

Para Santi Romano la obligación jurídica solo se entiende en el marco de una relación jurídica en la cual existe, de forma correlativa a esa obligación, un derecho subjetivo de la otra parte de la relación. En cambio, el deber en sentido estricto está desligado de un derecho ajeno y viene establecido en protección de intereses objetivos. Ciertamente, frente al deber de un sujeto puede existir un «poder» o «potestad» de otro para pretender su cumplimiento, sin que ello suponga, sin embargo, el reconocimiento de un derecho subjetivo de ese otro. Este poder o potestad se constituye simplemente como una garantía de la observancia del deber, y ambos sujetos no entran en una relación jurídica en sentido estricto⁶. El poder, que se atribuye a determinados sujetos para exigir el cumplimiento del deber, se constituye así en garantía frente al libre arbitrio del órgano al que se le impone el deber, pero no supone el reconocimiento de un derecho subjetivo.

⁶ F. J. DÍEZ REVORIO.